

Schriften zum Prozessrecht

Band 241

**Die Durchsetzung
von Unterlassungsansprüchen
nach § 890 ZPO im Spannungsfeld
der materiellrechtlichen und
prozessualen Erledigung**

**Unter besonderer Berücksichtigung
einer zeitlich beschränkten
Erledigungserklärung**

Von

Rahel Eissing



Duncker & Humblot · Berlin

RAHEL EISSING

Die Durchsetzung von Unterlassungsansprüchen
nach § 890 ZPO im Spannungsfeld
der materiellrechtlichen und prozessualen Erledigung

Schriften zum Prozessrecht

Band 241

Die Durchsetzung
von Unterlassungsansprüchen
nach § 890 ZPO im Spannungsfeld
der materiellrechtlichen und
prozessualen Erledigung

Unter besonderer Berücksichtigung
einer zeitlich beschränkten
Erledigungserklärung

Von

Rahel Eissing



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Universität Potsdam
hat diese Arbeit im Wintersemester 2014/2015
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2016 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: TextFormA(r)t, Daniela Weiland, Göttingen
Druck: buchbücher.de gmbH, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0582-0219
ISBN 978-3-428-14795-3 (Print)
ISBN 978-3-428-54795-1 (E-Book)
ISBN 978-3-428-84795-2 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2014/2015 von der Juristischen Fakultät der Universität Potsdam als Dissertation angenommen.

Danken möchte ich meiner Doktormutter Frau Prof. Dr. Dorothea Assmann für die Betreuung der Arbeit und die dabei gewährten Freiheiten, die konstruktive Kritik und die zügige Erstellung des Erstgutachtens. Herrn Prof. Dr. Tobias Lettl, LL. M. (EUR) danke ich für die ebenfalls zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Für beständige Unterstützung im gesamten Entstehungsprozess der Arbeit, für Korrekturlesen und immer ein offenes Ohr danke ich Eva Hugo. Bei allen Problemen, die eine solche Arbeit mit sich bringt, hat sie mich stets aufbauend unterstützt. Ein Dankeschön für Adleraugen und Engelsgeduld bei der Durchsicht auf Tippfehler und sprachliche Mängel geht an Christoph Wicher und Stephan Häfele. Für beständige Motivation und den allwöchentlichen Antrieb, die Arbeit zu einem Abschluss zu bringen, danke ich Henner Schläfke.

Meinen Eltern und meiner Schwester, die mich in allen Lebensbereichen vorbehaltlos unterstützen, widme ich diese Arbeit. Ohne sie wäre mir dieses Projekt nicht möglich gewesen.

Rahel Eissing

Inhaltsverzeichnis

Erstes Kapitel

Einführung und Problemdarstellung	15
A. Konkrete Problemstellung	16
B. Entscheidung des Bundesgerichtshofs im Jahr 2003	17
C. Konsequenzen aus der Entscheidung für das Erkenntnisverfahren	18
D. Ziel und Gang der Untersuchung	19

Zweites Kapitel

Die Unterlassungsansprüche	20
A. Begriffsbestimmung der Unterlassung	21
I. Erforderlichkeit einer selbständigen Begriffsbestimmung	21
II. Unterlassung als Nicht-Verhalten	23
III. Eingrenzungsversuch durch eine subjektive Komponente	23
IV. Eingrenzung durch eine objektive Komponente	24
1. Möglichkeit der Handlung als Voraussetzung des Unterlassungsbegriffs	25
2. Gebotenheit der Handlung als Voraussetzung des Unterlassungsbegriffs	25
V. Ergebnis	26
B. Geschichtliche Entwicklung der Unterlassungsklage	26
C. Differenzierung zwischen Unterlassungsklage und Unterlassungsanspruch	31
I. Ausgangspunkt in Rechtsprechung und Literatur	31
II. Existenz materieller Unterlassungsansprüche	32
D. Arten und Voraussetzungen von Unterlassungsansprüchen	35
I. Gesetzliche Unterlassungsansprüche	36
II. Vertragliche Unterlassungsansprüche	38
E. Unterlassungsansprüche unter Betrachtung der zeitlichen Dimension	40
I. Einmalige Unterlassungen	40

II. Dauerhafte Unterlassungen	41
III. Wiederkehrende Unterlassungen	41
IV. Befristung dauerhafter und wiederkehrender Unterlassungen	41
F. Unterlassungsklage als allgemeine Leistungsklage	42
I. Unterlassungsklage als ein von der Leistungsklage verschiedenes Mittel des prozessualen Rechtsschutzes	42
II. Unterlassungsklage als Feststellungsklage	43
III. Unterlassungsklage als Leistungsklage	43
G. Prozessvoraussetzungen der Unterlassungsklage	44
I. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis	44
II. Besonderes Rechtsschutzbedürfnis gem. § 259 ZPO	46
H. Zusammenfassung	47

Drittes Kapitel

Vollstreckung von Unterlassungsansprüchen	49
A. Titulierung von Unterlassungsansprüchen	49
B. Vollstreckung durch Ordnungsmittel	51
I. Zur Einführung des § 890 ZPO	52
II. Vollstreckung durch Ordnungsmittel	52
III. Die Ordnungsmittel des § 890 ZPO: Ordnungsgeld und Ordnungshaft	53
IV. Rechtsnatur der Ordnungsmittel	54
1. Ordnungsmittel als Instrumente mit Strafcharakter	55
a) Historisch bedingter Ausgangspunkt	55
b) Ausgestaltung des strafrechtlichen Charakters	57
2. Ordnungsmittel als präventive Maßnahmen	58
a) Begründungsansätze für einen präventiven Charakter	59
b) Auswirkung der Änderung des Wortlauts von § 890 ZPO durch das EGSStGB	60
3. Ordnungsmittel als Instrumente mit Doppelcharakter	61
4. Stellungnahme	62
C. Die einzelnen Verfahrensabschnitte – Abgrenzung des Erkenntnisverfahrens zum Vollstreckungsverfahren	64
I. Zeitlicher Verfahrensablauf	64

II. Das reguläre Erkenntnisverfahren	66
1. Einspruch gegen ein Versäumnisurteil und Widerspruch gegen einen Vollstreckungsbescheid im Erkenntnisverfahren	67
2. Berufung gegen das Urteil im Erkenntnisverfahren	67
III. Das Erkenntnisverfahren im einstweiligen Rechtsschutz	68
1. Summarisches Erkenntnisverfahren im einstweiligen Rechtsschutz	68
2. Form der Entscheidung: Urteil oder Beschluss	69
3. Wirksamkeit der einstweiligen Unterlassungsverfügung	69
IV. Das Vollstreckungsverfahren	70
1. Allgemeine Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung	71
a) Titel	71
b) Klausel	72
c) Zustellung	73
2. Besondere Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung bei der Vollstreckung aus Unterlassungstiteln	73
a) Androhung	74
aa) Zeitpunkt der Androhung	74
bb) Keine besonderen Voraussetzungen für die Androhung	75
cc) Inhalt und Umfang der Androhung	76
b) Vollziehung innerhalb der Vollziehungsfrist	77
c) Verstoß gegen das Unterlassungsgebot	79
aa) Schutzzumfang des Titels durch Auslegung zu bestimmen	79
bb) Schuldhaftes Zuwiderhandlung	79
cc) Relevanter Zeitpunkt für die Zuwiderhandlung	80
(1) Androhung und Vollstreckbarkeit	80
(2) Zustellung	81
3. Überblick über das Festsetzungsverfahren	83
4. Überblick über das Vollzugsverfahren	84
D. Zusammenfassung	85

Viertes Kapitel

Erledigung im Rechtsstreit

A. Begriffsbestimmung, Abgrenzung von Erledigung und Erledigungserklärung	87
B. Entstehungsgeschichte	88
C. Übereinstimmende, einseitige und teilweise Erledigungserklärung	89

I. Übereinstimmende Erledigungserklärung	89
1. Abgabe der Erledigungserklärungen	90
2. Rechtsfolgen der übereinstimmenden Erledigungserklärung	91
II. Einseitige Erledigungserklärung	92
1. Zu berücksichtigende Interessen der Parteien	92
a) Interessen des Klägers	93
b) Interessen des Beklagten	93
2. Behandlung der einseitigen Erledigungserklärung	94
a) Erledigungserklärung als privilegierte Klagerücknahme	95
aa) Begründungsansatz für die privilegierte Klagerücknahme	95
bb) Kritik	96
b) Erledigungserklärung als privilegierter Klageverzicht	97
aa) Begründungsansatz für den privilegierten Klageverzicht	97
bb) Kritik	98
c) Erledigungserklärung als prozessuales Gestaltungsrecht	99
aa) Begründungsansatz für das prozessuale Gestaltungsrecht	99
bb) Kritik	100
d) Erledigung durch Entscheidung im Zwischenstreitverfahren (Zwischenstreittheorie I)	101
aa) Begründungsansatz für die Zwischenstreittheorie I	101
bb) Kritik	102
e) Erledigung durch Erklärung und deklaratorische Feststellung im Zwischenstreitverfahren (Zwischenstreittheorie II)	103
aa) Begründungsansatz für die Zwischenstreittheorie II	103
bb) Kritik	104
f) Erledigungserklärung als privilegierte Klageänderung	105
aa) Begründungsansatz für die privilegierte Klageänderung	105
(1) Dogmatische Einordnung als Klageänderung nach § 264 Nr. 2 ZPO	106
(2) Inhalt der Klageänderung und Auswirkung auf den Streitgegenstand	107
(3) Entscheidung über die geänderte Klage	108
bb) Kritik	109
(1) Prozessunökonomischer Verfahrensaufwand	109
(2) Klageänderung geht über das klägerische Begehren hinaus	109
(3) Unzulässiges Begehren einer „Feststellung gegen sich selbst“	110
(4) Fehlendes Feststellungsinteresse	111
(5) Streitgegenstand steht Entscheidung über ursprünglichen Anspruch entgegen	112
g) Ergebnis	113
3. Voraussetzungen der geänderten Klage	114

4. Besonderheit im Verfahren der einstweiligen Verfügung	115
5. Rechtsfolgen der einseitigen Erledigungserklärung	116
III. Teilweise Erledigungserklärung	117
1. Folgen bei übereinstimmender Teilerledigung	118
2. Folgen bei einseitiger Teilerledigung	118
D. Möglicher Zeitpunkt der Erledigung und der Erledigungserklärung	119
I. Übereinstimmende Erledigungserklärung	119
II. Einseitige Erledigungserklärung	121
1. Erledigung vor Anhängigkeit	121
2. Erledigung zwischen Anhängigkeit und Rechtshängigkeit	121
3. Abgabe der Erledigungserklärung	123
III. Erledigung in höherer Instanz und zwischen den Instanzen	124
1. Erledigung in höherer Instanz	124
2. Erledigung zwischen den Instanzen	124
E. Arten der Erledigung bei Unterlassungsansprüchen	125
I. Wegfall der Wiederholungsgefahr	125
1. Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung	126
2. Vorliegen eines Unterlassungstitels	127
3. Änderung der tatsächlichen Verhältnisse	127
4. Nur einmal möglicher Verstoß	128
II. Zeitablauf	128
III. Verjährung	129
IV. Gesetzesänderung	130
V. Besonderheiten im einstweiligen Verfügungsverfahren	130
1. Wegfall des Verfügungsgrundes	130
2. Abgabe einer Abschlusserklärung	131
3. Entscheidung im Hauptverfahren	132
F. Zusammenfassung	132

Fünftes Kapitel

Auswirkung der Erledigung auf die Ordnungsmittelfestsetzung 133

A. Titelerfordernis bei Festsetzung der Ordnungsmittel	133
I. Titelfortfall ex tunc und Titelfortfall ex nunc	134

1. Titelfortfall ex tunc	134
2. Titelfortfall ex nunc	135
II. Ansatzpunkte für die Frage des Titelerfordernisses	136
1. Kein Titelerfordernis wegen des repressiven Charakters der Ordnungsmittel	136
2. Titelerfordernis wegen des präventiven Charakters der Ordnungsmittel	138
3. Differenzierung wegen des Doppelcharakters nach Titelfortfall ex tunc/ex nunc	139
4. Titelerfordernis wegen zwangsvollstreckungsrechtlicher Vorgaben	140
5. Ergebnis	143
a) Titelerfordernis als allgemeine Vollstreckungsvoraussetzung	143
b) Relevanz der Rechtsnatur für eine besondere Vollstreckungsvoraussetzung	144
III. Ergebnis	144
B. Schicksal des Titels bei vollständig übereinstimmender Erledigungserklärung	145
I. Titelfortfall ex nunc	145
II. Titelfortfall ex tunc	146
III. Stellungnahme	146
1. Keine Rechtskraft der vorangegangenen Entscheidung	147
2. Summarische Prüfung nicht ausreichend	148
3. Entgegenstehende Klägerinteressen ohne Relevanz	149
4. Hypothetische Entscheidung durch das Gericht	150
5. Intention der Parteien hinter den Erledigungserklärungen	151
IV. Schlussfolgerungen und Ausblick	153
C. Schicksal des Titels bei einseitiger Erledigungserklärung	154
I. Abweisung der Feststellungsklage	154
1. Abweisung in der Berufungsinstanz	154
2. Abweisung nach Einspruch gegen ein Versäumnisurteil	155
3. Abweisung nach Widerspruch gegen eine einstweilige Verfügung	155
II. Stattgabe der Feststellungsklage	156
1. Titelfortfall nach einseitiger Erledigungserklärung	156
2. Kein gänzlicher Titelfortfall nach einseitiger Erledigungserklärung	157
3. Stellungnahme	159
a) Begründung einer fortbestehenden Wirksamkeit des Titels	159
aa) Feststellung kann in Rechtskraft erwachsen	160
bb) Vollständige und nicht bloß summarische Prüfung durch das Gericht	161
cc) Interessenwahrung beider Parteien	161
b) Keine entgegenstehende Wertung aufgrund der Behandlung als Klageänderung	163

aa) Anwendung der Klagerücknahmevorschriften auf die Beschränkung des Klageantrags nach § 264 Nr. 2 ZPO	163
bb) Keine Anwendung der Klagerücknahmevorschriften auf die Beschränkung des Klageantrags nach § 264 Nr. 2 ZPO	164
cc) Keine Anwendung der Klagerücknahmevorschriften auf die qualitative Beschränkung des Klageantrags nach § 264 Nr. 2 ZPO	164
dd) Stellungnahme	165
4. Auswirkungen der Erledigungsfeststellung auf den ursprünglichen Titel und dessen Vollstreckbarkeit	166
a) Begrenzung des Anspruchs durch das Erledigungsfeststellungsurteil	166
b) Vollstreckungsgegenklage als Mittel gegen unzulässige Vollstreckung ...	167
c) Besonderheit bei der Unterlassungsvollstreckung	168
aa) Erledigung kann teilweise bereits im Festsetzungsverfahren berücksichtigt werden	168
bb) Vollstreckungsgegenklage bei der Unterlassungsvollstreckung	169
(1) Fehlendes Rechtsschutzbedürfnis	170
(2) Zwangsvollstreckung jedenfalls nur teilweise unzulässig	172
(3) Keine Präklusion nach § 767 Abs. 2 ZPO	173
d) Keine entgegenstehenden Wertungsgesichtspunkte	175
D. Zusammenfassung	176

Sechstes Kapitel

Teilbarkeit von Unterlassungsansprüchen und Beschränkung der Erledigungserklärung in zeitlicher Hinsicht

177

A. Erkenntnisverfahren als Ausgangspunkt für die Beschränkung der Erledigungserklärung	177
I. Auslegung der Erledigungserklärung nur im Erkenntnisverfahren	178
1. Wirkung der Erledigungserklärung unabhängig von der Auslegung	178
2. Zuständigkeit für die Auslegung liegt beim Prozessgericht	179
3. Gefahr von widersprüchlichen Ergebnissen bei erneuter Auslegung der Erledigungserklärungen durch das Vollstreckungsgericht	179
4. Entgegenstehendes Interesse des Beklagten	180
II. Schlussfolgerung und Ausblick	181
B. Zeitliche Beschränkung der Erledigungserklärung	182
I. Der Streitgegenstand	183
1. Besonderheiten des Streitgegenstands bei Unterlassungsansprüchen	184
2. Besonderheiten des Streitgegenstands bei einstweiligen Verfügungen	184

II.	Teilbarkeit des Streitgegenstands in zeitlicher Hinsicht	185
1.	Zeitbezug von Unterlassungsansprüchen als Ausgangspunkt	185
2.	Teilbarkeit von Unterlassungsansprüchen in zeitlicher Hinsicht	186
a)	Teilbarkeit wegen der Möglichkeit anfänglich beschränkter Geltendmachung	187
b)	Teilbarkeit wegen des Charakters von Unterlassungsansprüchen als Dauer- schuldverhältnisse	188
c)	Teilbarkeit wegen § 890 ZPO	189
d)	Teilbarkeit des Unterlassungsanspruchs i. S. v. § 301 ZPO	189
3.	Erledigendes Ereignis als Zeitpunkt für die Teilung	191
III.	Ergebnis und Ausblick	192
C.	Auswirkungen der beschränkten Erledigungserklärung auf den Rechtsstreit	192
I.	Ausrichtung des noch rechtshängigen Begehrens	193
II.	Direkte Auswirkung auf den bereits erlassenen Titel	194
III.	Tenor der streitigen Entscheidung	194
1.	Tenor der Entscheidung nach Einspruch gegen ein Versäumnisurteil	195
2.	Tenor der Entscheidung nach Widerspruch gegen eine einstweilige Verfügung	195
3.	Tenor nach Berufung gegen ein erstinstanzliches Urteil	196
IV.	Folgen für die Vollstreckung nach § 890 ZPO	196
D.	Kritik	197
I.	Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses	197
II.	Zeitpunkt des Titelfortfalls	198
III.	Besonderheiten des Verfahrens der einstweiligen Verfügung stehen entgegen	198
IV.	Entgegenstehender Sinn und Zweck der Erledigung	199
E.	Zusammenfassung	200

Siebttes Kapitel

Zusammenfassung und Schlussbetrachtung	201
Literaturverzeichnis	203
Sachverzeichnis	218

Erstes Kapitel

Einführung und Problemdarstellung

„Weil, so schließt er messerscharf,
nicht sein k a n n, was nicht sein d a r f.“

*Christian Morgenstern*¹

Im Rahmen der Betrachtung juristischer Probleme und bei dem Versuch, diese einer Lösung zuzuführen, sollte grundsätzlich die erste Frage dahin gehen, ob der angedachte Lösungsweg dogmatisch umsetzbar ist. Oft genug werden aber auch Gerechtigkeitserwägungen einbezogen und bereits zu Beginn die Folgen danach abgewogen, ob mit der angedachten Lösung auch faire, den berechtigten Parteiinteressen gerecht werdende Ergebnisse erzielt werden können.

Der Einbezug solcher Gerechtigkeitserwägungen ist zwar ein gutes Kontrollinstrument, um schlussendlich zu überprüfen, ob die mit der erdachten Lösung erzielten Ergebnisse praxistauglich und auch gerecht sind. Gleichwohl sollten Gerechtigkeitserwägungen aber nie der Ausgangspunkt sein, um ein juristisches Problem einer Lösung zuzuführen. Sie sind grundsätzlich auch nur in Ausnahmefällen, wenn das Gesetz dies vorsieht, für eine wertungsmäßige Korrektur eines dogmatisch gefundenen Ergebnisses heranzuziehen. Ziel kann es aber nicht sein, von einem von Anfang an feststehenden Ergebnis auszugehen und nur noch um jeden Preis einen Weg zu diesem finden zu wollen. Dann ist die Gefahr groß, dass Systematik und die Frage nach der dogmatischen Umsetzbarkeit der Lösung des Problems übergangen werden. Die Überlegung, dass „*nicht sein k a n n, was nicht sein d a r f*“,² sollte höchstens als Kontrollinstrument dahingehend verwendet werden, ob das gefundene Ergebnis gerecht ist, und nicht der Ausgangspunkt für die Lösung eines juristischen Problems sein.

Das materielle Recht hält für solche wertungsmäßigen Korrekturen des gefundenen Ergebnisses teilweise Normen bereit, wie beispielsweise § 242 BGB. Das Prozessrecht hingegen sieht solche grundsätzlich nicht vor, sondern folgt strikten gesetzlichen Vorgaben, um so ein geordnetes Verfahren zu gewährleisten. Anspruch an das Prozessrecht muss daher sein, dass sich auch bei Einhaltung dieser gesetzlichen Vorgaben gerechte Ergebnisse erzielen lassen, die Parteien mithin in jeder Situation die Möglichkeit haben, ihre Ansprüche effektiv durchzusetzen.

¹ *Morgenstern*, Gedichte: Palmström, Die unmögliche Tatsache, S. 78f.

² *Morgenstern*, Gedichte: Palmström, Die unmögliche Tatsache, S. 78f. Vgl. hierzu *Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kap. 7 Rn. 4a Fn. 15 (S. 54f.).

Nachfolgend soll anhand der Problematik der Festsetzung von Ordnungsmitteln zur Durchsetzung von titulierten Unterlassungsansprüchen nach Erledigung des dem Titel zugrunde liegenden Anspruchs aufgezeigt werden, dass das Verfahrensrecht, konkret die Zivilprozessordnung, den Parteien hierzu ausreichend Instrumente zur Verfügung stellt. Wird aus verfahrensrechtlicher Sicht richtig auf die Erledigung reagiert, kann unter Beachtung von Systematik, Dogmatik und zwingenden gesetzlichen Vorgaben in jeder Lage des Verfahrens ein gerechtes Ergebnis erzielt werden. Unterlassungsansprüche sind dann trotz einer etwaigen Erledigung effektiv durchsetzbar und das Problem kann unter angemessener Beachtung der berechtigten Parteiinteressen einer Lösung zugeführt werden.

A. Konkrete Problemstellung

Die Frage nach der Festsetzung von Ordnungsmitteln nach § 890 ZPO zur Durchsetzung von bereits titulierten Unterlassungsansprüchen zu einem Zeitpunkt, in dem sich der dem Titel zugrunde liegende Unterlassungsanspruch bereits erledigt hat, zählte lange zu den umstrittensten Problemen des Zivilprozessrechts. Gestritten wurde hauptsächlich darüber, ob es im Zeitpunkt der Verhängung des Ordnungsmittels noch eines vollstreckbaren Titels bedürfe, denn hiervon hängt es letztlich maßgeblich ab, ob wegen einer Zuwiderhandlung gegen den Titel, die vor Eintritt der materiellrechtlichen Erledigung stattgefunden hat, noch ein Ordnungsmittel verhängt werden kann, wenn der Titelgläubiger im Rechtsstreit die Erledigung erklärt.

Auf einen bereits erlassenen Titel kann die materiellrechtliche Erledigung des Unterlassungsanspruchs nur dann Auswirkung haben, wenn das Erkenntnisverfahren trotz Titelerlasses noch im Gang ist. Die Reichweite des Problems ist damit auf bestimmte Konstellationen beschränkt, denn regelmäßig endet das Erkenntnisverfahren mit Erlass des begehrten Titels. Ist gegen dieses Urteil aber Berufung eingelegt, läuft das Erkenntnisverfahren – dort dann in zweiter Instanz – weiter. Das Erkenntnisverfahren kann trotz Titelerlasses ebenfalls dann weiter gehen, wenn der Unterlassungstitel durch Versäumnisurteil oder einstweilige Verfügung erlassen wurde; gegen das Versäumnisurteil kann Einspruch nach § 338 ZPO und gegen die einstweilige Verfügung kann Widerspruch nach § 924 ZPO eingelegt werden. In diesen Fällen wird das Erkenntnisverfahren dann bei wirksam bestehendem Titel in gleicher Instanz fortgesetzt.

Erklären die Parteien nun im weiterhin anhängigen Erkenntnisverfahren den Rechtsstreit übereinstimmend für erledigt, hat das Gericht nach § 91a ZPO nur noch durch Beschluss über die Kostentragung zu entscheiden. Der zuvor erlassene Titel entfällt entsprechend § 269 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 2 ZPO. Dann stellt sich die Frage, ob ein Ordnungsmittel trotz des nunmehr entfallenen Titels noch für eine solche Zuwiderhandlung festgesetzt werden kann, die vor der Erledigung begangen wurde, oder ob dies nach Titelfortfall nicht mehr möglich ist. Ausgangspunkt und Hauptargumentationslinie war regelmäßig die Frage nach der Rechtsnatur der

Ordnungsmittel des § 890 ZPO. Diese Frage wurde teilweise dazu genutzt, ergebnisorientiert zu argumentieren und die Rechtsnatur so zu bestimmen, dass die gewünschte Lösung sich gut begründen ließ.

Schließlich stellt sich auch die – kaum diskutierte – Frage, wie es sich mit einer Festsetzung von Ordnungsmitteln nach einer einseitigen Erledigungserklärung verhält.

B. Entscheidung des Bundesgerichtshofs im Jahr 2003

Mit einer Entscheidung des Bundesgerichtshofes aus dem Jahr 2003,³ die einen scheinbar simplen Ausweg aus diesem dogmatischen Dilemma aufzeigt, ist der Streit um die erstgenannte Frage in Rechtsprechung und Literatur verstummt.

Der Bundesgerichtshof hat sich auf eine Rechtsbeschwerde im Ordnungsmittelverfahren bezüglich der Rechtsnatur ausdrücklich für die Doppelnatur der Ordnungsmittel im Sinne eines gleichzeitig präventiven wie repressiven Charakters ausgesprochen und zugleich das Erfordernis eines wirksamen Titels im Zeitpunkt der Verhängung des Ordnungsmittels für erforderlich erachtet. Damit aber bei Verstößen gegen den Titel auch nach dessen Erledigung noch ein Ordnungsmittel verhängt werden kann, hat der Bundesgerichtshof eine Lösung über eine teilweise übereinstimmende Erledigungserklärung in zeitlicher Hinsicht gewählt. Hiernach soll die Erledigungserklärung auf die Zeit nach dem erledigenden Ereignis beschränkt werden können. So bleibe ein bereits erwirkter Titel für die Zeit vor Erledigung und damit auch für den Zeitpunkt des Verstoßes erhalten und könne auch nach Erledigung noch Grundlage für die Festsetzung von Ordnungsmitteln sein.

Dabei stellte der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung ausdrücklich klar, dass nach einer solchen beschränkten Erledigungserklärung ein Teil des Verfahrens anhängig bleibe, gerichtet auf das Bestehen eines Unterlassungsanspruchs für die Zeit bis zum Eintritt des erledigenden Ereignisses. Nur so könne sichergestellt werden, dass die staatliche Zwangsmaßnahme in Form des Ordnungsmittels aufgrund einer gerichtlichen Entscheidung ergehe, die rechtskräftig geworden ist oder deren Rechtmäßigkeit jedenfalls noch in dem dafür vorgesehenen gerichtlichen Verfahren überprüft werden könne.

Ogleich die Gerichte im Erkenntnisverfahren von einer vollständigen übereinstimmenden Erledigungserklärung ausgegangen waren und daher nur durch Beschluss gem. § 91a ZPO und nicht streitig entschieden hatten,⁴ legte der Bundesgerichtshof im konkreten Fall – wohl selbst von Gerechtigkeitserwägungen getrieben,

³ *BGH*, Beschluss vom 23.10.2003 – 1 ZB 45/02, BGHZ 156, 335 ff. („Euro-Einführungsrabatt“).

⁴ Vgl. nur die Entscheidungen des *OLG Düsseldorf*, Beschluss vom 29.10.2002 – 20 W 47/02, über juris, und des *BGH*, Beschluss vom 08.05.2003 – 1 ZB 40/02, NJW-RR 2003, 1075.